

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

SIEGBERT ALBER

apresentadas em 9 de Setembro de 2003¹

I — Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial do Oberster Gerichtshof da República da Áustria diz respeito à interpretação de disposições da Directiva 93/89/CEE do Conselho, de 25 de Outubro de 1993, relativa à aplicação pelos Estados-Membros dos impostos sobre certos veículos utilizados para o transporte rodoviário de mercadorias, bem como das portagens e direitos de uso cobrados pela utilização de certas infra-estruturas (a seguir «Directiva 93/89»)² e da Directiva 1999/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 1999, relativa à aplicação de imposições aos veículos pesados de mercadorias pela utilização de certas infra-estruturas (a seguir «Directiva 1999/62»)³. Por acórdão de 5 de Julho de 1995⁴, o Tribunal de Justiça anulou a directiva com fundamento em que a mesma tinha sido adoptada sem consulta regular do Parlamento Europeu, mas manteve os seus efeitos até à adopção de uma nova directiva. A Directiva 1999/62 substituiu a Directiva 93/89, anulada pelo Tribunal, conforme resulta do seu quarto considerando.

2. No presente processo trata-se de saber se e em que medida as disposições — substancialmente com o mesmo conteúdo — das duas directivas têm efeito directo no âmbito de um litígio entre uma empresa de transportes austríaca que se considera discriminada pelas taxas de utilização do percurso completo da auto-estrada do Brenner, de um modo contrário ao direito comunitário e que, por isso, requer que a exploradora da auto-estrada lhe restitua os valores das portagens que pagou entre 1 de Janeiro de 1997 e 31 de Julho de 2000.

II — Quadro jurídico

3. Nos termos do artigo 2.º da Directiva 93/89, entende-se por «portagem» «o pagamento de uma soma determinada cobrada pela utilização, por um veículo, de um percurso entre dois pontos de uma das infra-estruturas a que se refere a alínea d) referidas no artigo 7.º, baseado na distância percorrida e na categoria do veículo» e por «veículo», «um veículo a motor ou um conjunto de veículos acoplados, exclusivamente destinados ao transporte rodoviário

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 279, p. 32.

3 — JO L 187, p. 42.

4 — Acórdão Parlamento/Conselho (C-21/94, Colect., p. I-1827).

de mercadorias e com um peso total em carga autorizado igual ou superior a 12 toneladas».

4. O artigo 7.º da Directiva 93/89 determina o seguinte:

«Os Estados-Membros podem introduzir ou manter portagens ou direitos de uso, com reserva das condições seguintes:

[...]

b) Sem prejuízo do disposto no n.º 2, alínea e), do artigo 8.º e no artigo 9.º, as portagens e direitos de uso serão aplicados sem discriminação, directa ou indirecta, em razão da nacionalidade do transportador ou da origem ou destino do transporte.

[...]

h) As taxas das portagens estão ligadas aos custos de construção, de exploração e de desenvolvimento da rede de infra-estruturas em causa.»

5. A Directiva 1999/62, que substituiu a Directiva 93/89 anulada pelo Tribunal de Justiça, foi adoptada pelo Conselho em 17 de Junho de 1999 e segundo o seu artigo 13.º, entrou em vigor em 20 de Julho de 1999. Devia ser transposta até 1 de Julho de 2000, nos termos do seu artigo 12.º O artigo 7.º, n.ºs 4 e 9, da Directiva 1999/62 prevê — coincidindo quanto ao conteúdo — com o artigo 7.º, alíneas b) e h), da Directiva 93/89:

«4. As portagens e direitos de utilização serão aplicados sem discriminações, directas ou indirectas, por motivo da nacionalidade do transportador ou da origem ou destino do veículo.

[...]

9. O valor médio ponderado das portagens deve estar relacionado com os custos de construção, exploração e desenvolvimento da rede de infra-estruturas em causa.

10. Sem prejuízo do disposto no n.º 9 relativamente ao valor médio ponderado das portagens, os Estados-Membros podem fazer variar as taxas das portagens de acordo com:

a) As classes de emissão dos veículos, desde que não sejam aplicadas porta-

gens de valor superior em mais de 50% ao das portagens cobradas para veículos equivalentes que satisfaçam as normas de emissão mais rigorosas;

alínea b), da Directiva 93/89. Além disso, o Tribunal declarou que a República da Áustria não cumpriu as suas obrigações que resultavam do artigo 7.º, alínea h), da mesma directiva, «ao não aplicar as portagens referidas unicamente com vista a cobrir os custos ligados à construção, à exploração e ao desenvolvimento da auto-estrada do Brenner».

- b) A hora do dia, desde que não sejam aplicadas portagens de valor superior em mais de 100% ao das portagens cobradas durante o período mais barato do dia.

As variações do valor das portagens consoante as classes de emissão dos veículos ou a hora do dia devem ser adequadas ao objectivo prosseguido.»

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

6. O Tribunal de Justiça decidiu, no seu acórdão de 26 de Setembro de 2000⁵, que «ao proceder, em 1 de Julho de 1995 e 1 de Fevereiro de 1996, a aumentos do preço das portagens do percurso completo da auto-estrada do Brenner, a via de trânsito através da Áustria utilizada maioritariamente por camiões de um peso total em carga igual ou superior a 12 toneladas, destinados ao transporte de mercadorias, matriculados noutros Estados-Membros, com exclusão dos percursos parciais desta mesma auto-estrada utilizados em grande maioria por veículos com um peso total em carga autorizado igual ou superior a 12 toneladas, destinados ao mesmo tipo de transporte, matriculados na Áustria», a República da Áustria não cumpria as suas obrigações que resultavam do artigo 7.º,

7. A autora no processo principal, é a empresa de transportes Rieser Internationale Transporte GmbH estabelecida na Áustria (a seguir «Rieser»). Exerce a sua actividade de transporte internacional de longo curso de mercadorias com veículos pesados de peso autorizado de pelo menos 12 toneladas e com mais de três eixos e utiliza, para o efeito, entre outras, regularmente a auto-estrada do Brenner, taxada com portagens.

8. Tendo como pano de fundo o acórdão do Tribunal de Justiça proferido acção por incumprimento Comissão/Áustria⁶, a Rieser reivindica da exploradora da auto-

5 — Acórdão Comissão/Áustria (C-205/98, Colect., p. I-7367).

6 — Referido na nota 5.

-estrada, a Autobahnen- und Schnellstrassen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (a seguir «ASFINAG»), a restituição parcial das portagens pagas, na sua opinião, em violação do direito comunitário, pela utilização do percurso completo da auto-estrada do Brenner no período entre 1 de Janeiro de 1997 e 31 de Julho de 2000.

9. A responsabilidade pela construção, planeamento e exploração, manutenção e financiamento das auto-estradas austríacas e das vias rápidas, entre as quais da A 13 (auto-estrada do Brenner), foi transferida para a ré ASFINAG através de um chamado contrato de usufruto, celebrado em Junho de 1997, com a sua sócia única, a República da Áustria, com efeitos retroactivos a partir de 1 de Janeiro de 1997. Além disso, foi-lhe concedido o direito de, em nome e por conta próprios, proceder à cobrança de direitos de utilização e de portagens, para assim cobrir as suas despesas.

10. O Oberster Gerichtshof, onde pende o litígio em recurso, tem, por um lado, dúvidas quanto à aplicabilidade directa dos artigos 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62. Por outro lado, o Oberster Gerichtshof também tem dúvidas — contrariamente ao entendimento das instâncias precedentes — quanto ao efeito directo da proibição de discriminação consagrada nas disposições dos artigos 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62. Finalmente, considera necessário esclarecer a relação entre a Directiva 93/89 anulada e os seus efeitos,

por um lado, e, por outro, a Directiva 1999/62, que a substituiu em 17 de Junho de 1999, mas que apenas tinha de estar transposta em 1 de Julho de 2000.

11. Em consequência, o Oberster Gerichtshof submeteu ao Tribunal de Justiça, a título prejudicial, as seguintes questões:

1. No âmbito da celebração de contratos com utentes das estradas, deve a ré, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias relativa ao «conceito funcional de Estado», respeitar as disposições directamente aplicáveis («self-executing») da Directiva 93/89/CE do Conselho, de 25 de Outubro de 1993, relativa à aplicação pelos Estados-Membros dos impostos sobre certos veículos utilizados para o transporte rodoviário de mercadorias, bem como das portagens e direitos de uso cobrados pela utilização de certas infra-estruturas, e da Directiva 1999/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 1999, relativa à aplicação de imposições aos veículos pesados de mercadorias pela utilização de certas infra-estruturas, não podendo, em consequência, exigir portagens mais elevadas do que as resultantes da observância destas disposições?

2. Só no caso da questão 1 ter resposta afirmativa:

estradas que apenas utilizam um percurso parcial da referida auto-estrada?

Os artigos 7.º, alíneas b) e h), da Directiva 93/89/CEE, e o artigo 7.º, n.ºs 4 e 9, da Directiva 1999/62/CE são directamente aplicáveis, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, podendo nesta medida ser tidos em conta na determinação de uma portagem conforme às directivas para os veículos com mais de três eixos destinados ao transporte rodoviário de mercadorias no percurso completo da auto-estrada austríaca do Brenner, mesmo no caso de falta ou de incorrecta transposição destas directivas para o direito austríaco?

4. Só no caso das questões 1 e 2 terem resposta afirmativa:

3. Só no caso da questão 2 ter resposta afirmativa:

- a) Deve o acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 5 de Julho de 1995, proferido no processo C-21/94, no qual foi declarado que os efeitos da anulada Directiva 93/89/CEE, de 25 de Outubro de 1993, se manteriam até que o Conselho adoptasse uma nova directiva, ser interpretado no sentido de que os efeitos subsistem até que os Estados-Membros tenham transposto as disposições da nova directiva ou até que o prazo de transposição tenha decorrido?

- a) De que forma e com base em que parâmetros deve ser calculada a portagem admissível em cada caso para uma viagem única no percurso completo?

- b) Podem os transportadores austríacos igualmente invocar o facto de que são discriminados pela tarifa (excessiva) aplicável ao percurso completo face àqueles utentes das

- b) Só no caso da questão 4, alínea a) ter resposta negativa: devem os Estados-Membros ter em consideração a nova directiva no período compreendido entre 17 de Junho de 1999 e 1 de Julho de 2000, ou seja, produz esta efeitos prévios a observar obrigatoriamente?

IV — Alegações das partes e apreciação jurídica

a mesma não deve ser aprofundada, só porque a Rieser invocou a alegada violação destas disposições.

A — Nota prévia quanto à violação do artigo 82.º CE conjugado com o artigo 86.º CE, invocada pela Rieser

B — Quanto à primeira questão

12. Na audiência, a Rieser invocou que a ASFINAG, através da cobrança das portagens excessivas, está a explorar de forma abusiva a sua posição dominante no mercado e, assim, a violar o artigo 82.º CE, conjugado com o artigo 86.º CE.

15. Com a primeira questão, o tribunal de reenvio pretende saber se a Rieser pode, relativamente a uma instituição como a ASFINAG, invocar directamente as referidas disposições das duas directivas, apesar de a ASFINAG ser uma pessoa jurídica de direito privado que, no entanto, é controlada pelo Estado.

13. A este respeito, verifica-se que, segundo jurisprudência constante, cabe apenas ao juiz nacional, e não às partes no processo principal, a apresentação do pedido ao Tribunal de Justiça. Em consequência, estando a faculdade de determinar as questões a submeter ao Tribunal de Justiça reservada ao juiz nacional, as partes não podem modificar-lhes o conteúdo ou acrescentar outras questões⁷.

1. Alegações das partes

14. Uma vez que o tribunal de reenvio não colocou nenhuma questão relativamente à interpretação dos artigos 82.º CE e 86.º CE,

16. A Rieser considera que a ASFINAG preenche os requisitos do conceito funcional de Estado, uma vez que está determinantemente subordinada à sua sócia única, a República da Áustria, e que lhe foi transferida uma função anteriormente sob administração estadual.

17. Em contrapartida, a ASFINAG é de opinião de que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não tem obrigação

⁷ — Acórdãos de 9 de Dezembro de 1965, Singer (44/65, Colect. 1965-1968, p. 251), de 17 de Setembro de 1998, Kainuun Liikenne Oy e o. (C-412/96, Colect., p. I-5141, n.º 23), e de 6 de Julho de 2000, ATB e o. (C-402/98, Colect., p. I-5501, n.º 29).

de observar disposições de directivas directamente aplicáveis na celebração de contratos, uma vez que, sendo ela uma sociedade por acções de direito privado, cobra a portagem por conta própria, possui personalidade jurídica própria, não exerce funções de soberania e os seus órgãos não estão vinculados a instruções dos órgãos da República da Áustria.

necessárias para a elaboração do orçamento do Estado federal. Por último, a ASFINAG não tem legitimidade para fixar unilateralmente o montante de cada taxa de portagem a cobrar. Esta está legalmente regulada de modo a que o montante de cada prestação é fixado pelo Ministro Federal para os Assuntos Económicos, de comum acordo com o Ministro Federal das Finanças. Desta forma, a ASFINAG, independentemente da sua natureza jurídica, pertence às pessoas jurídicas perante as quais as disposições directamente aplicáveis de uma directiva podem ser invocadas.

18. A Comissão entende que a ASFINAG é funcionalmente subsumível ao Estado austríaco e, por isso, deve ser considerada destinatária da Directiva 93/89 e da Directiva 1999/62. Embora a ASFINAG seja uma sociedade por acções de direito privado, que se encontra apenas numa relação contratual com a República da Áustria, de forma que o seu Conselho de Administração é independente e que a portagem é cobrada em nome e por conta próprios e não é transferida para a República da Áustria, a ASFINAG tem igualmente legitimidade passiva decorrente das disposições pertinentes das directivas. A República da Áustria é sócia única da ré e tem legitimidade, segundo o contrato de usufruto celebrado com a ASFINAG, para fiscalizar todas as medidas adoptadas pela ASFINAG e pelas suas filiais e pode a todo o tempo solicitar informações relativas à sua actividade. A República da Áustria tem o direito de fixar objectivos. Em contrapartida, a ASFINAG tem a obrigação de elaborar projectos de manutenção e submeter o respectivo orçamento das despesas ao Estado federal. A ASFINAG deve ainda submeter ao Estado federal, anual e tempestivamente, as contas do planeamento, juntamente com as despesas previstas para a planificação, construção, manutenção e gestão das auto-estradas e vias rápidas federais, que são

2. Apreciação jurídica

19. Quanto à primeira questão prejudicial, é desde logo de referir que, de acordo com a repartição de funções estabelecida pelo artigo 234.º CE, segundo jurisprudência assente, compete ao órgão jurisdicional nacional aplicar as normas de direito comunitário ao caso concreto⁸. Em consequência, o Tribunal de Justiça não pode proceder a uma apreciação sobre se — tal como formulado nas questões — «a ré», ou seja, a ASFINAG, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao chamado conceito funcional de Estado, tem o dever de respeitar as disposições directamente aplicáveis da directiva.

8 — Acórdãos de 8 de Fevereiro de 1990, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (C-320/88, *Colect.*, p. I-285, n.º 11), e de 11 de Março de 2003, *Ansul* (C-40/01, *Colect.*, p. I-0000, n.º 45).

20. Contudo, compete ao Tribunal de Justiça interpretar os actos dos órgãos comunitários e determinar quais os efeitos que produzem, em particular também se esses actos podem ser invocados contra determinadas pessoas ou grupos de pessoas singulares ou colectivas; em contrapartida, compete ao órgão jurisdicional nacional decidir se uma parte num litígio que lhe é submetido cabe numa das categorias assim definidas⁹.

21. Em consequência, deve ser apreciado se um organismo como a ASFINAG — independentemente da sua personalidade jurídica de pessoa colectiva de direito privado — pode ser classificado como um organismo público na acepção funcional, relativamente ao qual é possível invocar directamente as referidas disposições das directivas.

22. Segundo o conceito lato que o Tribunal de Justiça tem de Estado, o efeito directo de uma directiva pode ser invocado perante todos os órgãos da administração pública, incluindo as autarquias e as outras colectividades territoriais¹⁰. O conceito amplo de Estado leva ainda a que também possa ser destinatário de uma disposição com efeito directo de uma directiva quando não actua enquanto autoridade pública, mas de outra

forma, eventualmente como proprietário de uma empresa pública ou como sócio maioritário ou único de uma empresa privada.

23. O ponto de partida deste alargamento do conceito funcional de Estado é, segundo jurisprudência constante, o facto de uma directiva não poder, por si só, criar obrigações para um particular e não poder, portanto, ser invocada enquanto tal contra ele¹¹. Contudo, ao aplicar o direito nacional — quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva — o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.º, n.º 3, do Tratado CE (actual artigo 249.º, n.º 3, CE)¹².

24. Neste contexto, quando um particular está em condições de invocar uma directiva contra o Estado pode fazê-lo, qualquer que seja a qualidade em que aja este último — a de empregador ou de autoridade pública. Num e noutro caso, deve, com efeito, evitar-se que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário¹³.

9 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1990, Foster e o. (C-188/89, Colect., p. I-3313, n.ºs 15 e segs.).

10 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. I-1839, n.º 31).

11 — V., entre outros, acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.º 20), e de 7 de Março de 1996, El Corte Inglés (C-192/94, Colect., p. I-1281, n.º 15).

12 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça Faccini Dori (referido na nota 11, n.º 26) e de 23 de Fevereiro de 1999, BMW (C-63/97, Colect., p. I-905, n.º 22).

13 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.º 49).

25. Em consequência, o Tribunal de Justiça também decidiu que faz parte dos organismos contra os quais se podem invocar as disposições de uma directiva susceptíveis de ter efeitos directos um organismo ou uma empresa pública que, seja qual for a sua natureza jurídica, for encarregado, por acto de uma autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público e disponha, para esse efeito, de poderes especiais que exorbitam das normas aplicáveis às relações entre particulares¹⁴.

26. Poderia agora ser problemático saber se um tal efeito directo (vertical) de uma directiva também pode existir relativamente a uma pessoa jurídica de direito privado constituída e exclusivamente explorada pelo Estado na qualidade de sócio único, à qual são atribuídas funções de manutenção — sem fiscalização estadual abrangente — à sua responsabilidade e por sua conta próprias, que eram anteriormente exercidas pelo próprio Estado como funções públicas.

27. Para tal apreciação, reitero as conclusões que apresentei no processo Collino e o., segundo as quais a sanção do efeito directo contra os Estados-Membros apenas pode ser plenamente eficaz se atingir o Estado-Membro de modo sistemático, independentemente da forma jurídica sob a

qual este age. Sempre que, na prática, directa ou indirectamente, o Estado se encontrar por detrás de um organismo ou uma empresa e os controla, já não se está na presença de um particular¹⁵.

28. À luz destas considerações, devem, em consequência, ser apreciados, por um lado, os poderes directos de direcção, controle e fiscalização do Estado relativamente a uma empresa de direito privado e, por outro, as possibilidades indirectas de intervenção e influência que resultam do encadeamento estrutural da empresa com o organismo de direito público que está financeiramente por detrás dele.

29. No que respeita aos poderes directos de direcção, controle e fiscalização do Estado não importa necessariamente, segundo os princípios acima referidos, se uma empresa ou outra entidade privada estão formalmente subordinadas à supervisão ampla do Estado. Também as directrizes reguladas por lei ou os poderes individuais do Estado estabelecidos por contrato podem reduzir a margem de acção jurídica da empresa de modo a tornar-se, quanto aos seus efeitos, semelhante a uma supervisão abrangente. Quando o Estado tem eventualmente o direito de executar um controle por acom-

14 — Acórdão do Tribunal de Justiça, Foster e o. (referido na nota 9, n.º 17).

15 — Conclusões apresentadas em 18 de Janeiro de 2000 no processo Collino e Chiappero (C-343/98, Colect., pp. I-6659, I-6661, n.º 23). V., também, acórdão de 14 de Setembro de 2000 proferido neste processo (Colect., I-6659).

panhamento de todas as medidas, incluindo das medidas de planeamento da empresa e das suas filiais, de fixar directrizes por objectivos e de exigir a todo o tempo informações sobre a sua actividade e a das suas filiais, a margem de acção jurídica de uma empresa é, à partida, limitada. Este efeito é ainda reforçado quando uma empresa, no quadro de um sector de actividade económica que lhe é transmitido, está imperativamente vinculada a directivas estatais legalmente regulamentadas e que são transformadas no objecto do pacto social e tem de obedecer às condições básicas que, por exemplo — como no caso da ASFINAG — também abrangem a fixação do montante dos valores de portagem e de utilização a cobrar pela mesma e quando a empresa, por seu turno, está limitada a apresentar propostas sobre a sua fixação futura.

30. Relativamente às possibilidades de influência indirecta, deve poder verificar-se se o Estado, que está financeiramente por detrás da empresa, está em condições de conduzir no seio da sociedade, de acordo com a sua vontade, a margem de liberdade de acção da empresa que formalmente existe para fora, como eventualmente ocorreria no caso de uma sociedade unipessoal.

31. O conjunto de possibilidades de controlo e influência directas e indirectas como podem ser realizadas numa empresa como a ASFINAG justificam que esta possa ser considerada como pertencendo materialmente ao Estado.

32. Finalmente, também o escopo de protecção da directiva justifica que, num contexto como o presente, uma empresa que formalmente é de direito privado seja considerada destinatária de uma das suas disposições com efeito directo. Até porque deve evitar-se não só que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário¹⁶, mas também que possa escapar aos efeitos do direito comunitário, ao transferir a execução de funções públicas para sociedades de direito privado.

33. As directivas aqui em causa visam harmonizar a imposição de taxas pela utilização de certas infra-estruturas rodoviárias nos Estados-Membros. A realização deste objectivo seria posta em causa se um Estado-Membro pudesse eximir-se ao efeito das directivas, mediante a organização de uma forma jurídico-privada de um sector de funções que originalmente deve ser atribuído à Administração Pública. Em consequência, também uma empresa de direito privado, para a qual foi transferida — através de um acto administrativo estadual ou de um negócio jurídico — a execução destas tarefas e que preenche os requisitos do conceito lato de Estado desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, não pode se exceptuada dos efeitos directos destas directivas.

16 — V., a este respeito, os acórdãos referidos nas notas 13 e 14.

34. Por último, refira-se que a ASFINAG é considerada como entidade adjudicante¹⁷, na acepção do artigo 1.º, alínea b), da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas¹⁸. Segundo esta disposição, entende-se por organismo de direito público, para além do próprio Estado, qualquer organismo de direito público:

«— criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial,

— dotado de personalidade jurídica,

e

— cuja actividade seja financiada maioritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direcção ou de fiscalização sejam compostos, em mais de metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou

regionais ou por outros organismos de direito público.»

35. De facto, o conceito de entidade adjudicante não tem necessariamente de ter o mesmo significado que o de Estado no sentido funcional, perante o qual o particular pode invocar o efeito directo de uma directiva. Porém, o facto de em ambos os casos dever evitar-se que o Estado se exima das obrigações que lhe incumbem, através da transferência das suas tarefas para uma instituição formalmente independente, constitui um indício para a questão prejudicial que aqui deve ser respondida que a ASFINAG preencha os requisitos para ser qualificada como entidade adjudicante.

36. Em consequência, proponho que se responda à questão prejudicial 1 no sentido de que também uma pessoa jurídica de direito privado, no âmbito da celebração de contratos com utentes das estradas, tem a obrigação de respeitar as disposições directamente aplicáveis da Directiva 93/89/CEE do Conselho, de 25 de Outubro de 1993, relativa à aplicação pelos Estados-Membros dos impostos sobre certos veículos utilizados para o transporte rodoviário de mercadorias, bem como das portagens e direitos de uso cobrados pela utilização de certas infra-estruturas, e da Directiva 1999/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 1999, relativa à aplicação de imposições aos veículos pesados de mercadorias pela utilização de certas infra-estruturas, nos casos em que o Estado transferiu para essa pessoa jurídica a função de cobrar a portagem pela utilização de infra-estruturas públicas rodoviárias e em que a pessoa jurídica está directa ou indirectamente subordinada ao seu controlo.

17 — V. acórdão de 19 de Junho de 2003, *Fritsch, Chiari & Partner/Asfinag* (C-410/01, *Colect.*, p. I-6413), e as conclusões que apresentei em 10 de Abril de 2003, *Traunfellner/Asfinag* (C-421/01, acórdão de 16 de Outubro de 2003, *Colect.*, p. I-11941, I-11944).

18 — JO L 199, p. 54.

C — Quanto às segunda e terceira questões

37. As questões prejudiciais dois e três dizem respeito à mesma problemática, nomeadamente, o efeito directo das citadas disposições das Directivas 93/89 e 1999/62, relativas à aplicação pelos Estados-Membros de imposições para certas infra-estruturas rodoviárias. Por isso, impõe-se analisar as duas questões em conjunto.

1. Alegações das partes

38. A Rieser é de opinião de que as disposições da directiva contêm os requisitos necessários para serem directamente aplicáveis e para conferirem ao particular o direito ao reembolso de montantes pagos em excesso. A portagem para o percurso completo por quilómetro é, em média, de 3,41 euros. Em contrapartida, a utilização de percursos parciais comparáveis custaria apenas cerca de 1,25 euros. Deste modo, os valores a restituir podem ser precisamente definidos. A Rieser, na qualidade de empresa austríaca, também pode invocar as directivas, uma vez que estas proíbem uma discriminação em razão da origem ou do destino.

39. Ao invés, a ASFINAG considera que o artigo 7.º, alíneas b) e h), da Directiva 93/89, assim como o artigo 7.º, n.ºs 4 e 9, da Directiva 1999/62 não preenchem os requisitos para a sua aplicabilidade directa.

40. As disposições do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62 não podem produzir efeitos directos, em virtude da falta de precisão de conteúdo. Das mesmas não resulta de que modo, ou seja, pela comparação de que percursos parciais, se deve aferir um eventual prejuízo para os utilizadores do percurso completo. Também as imprecisões na selecção feita pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Comissão/Austria¹⁹, dos percursos parciais a comparar revela que a proibição de discriminação em razão da origem e do destino do transporte não é suficientemente precisa e não constitui nenhuma «garantia mínima». Se os órgãos jurisdicionais nacionais fossem obrigados a executar a Directiva 93/89, teriam uma margem de apreciação na definição de critérios de selecção dos percursos a comparar e na determinação do montante correcto das taxas de portagem que, contudo, pertence apenas ao legislador.

41. Mesmo que se parta do princípio de que o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e o artigo 7.º, n.º 4, da Directiva

19 — Referido na nota 5.

1999/62 são suficientemente precisos, os transportadores austríacos não podem, em caso algum, invocá-los, uma vez que não foram prejudicados em razão da sua nacionalidade e que as directivas relativas aos custos das infra-estruturas não são aplicáveis à concorrência entre empresas transportadoras dentro do mesmo Estado-Membro.

42. Também não é atribuído nenhum efeito directo à disposição do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89. Esta determina apenas que as taxas de portagem estão ligadas aos custos de construção, de exploração e de desenvolvimento da rede de infra-estrutura em causa, sem no entanto conter directrizes mais precisas quanto ao cálculo desses custos e quanto à sua distribuição por cada uma das classes de veículos, troços de estrada e períodos. É impossível, com base nesta regulamentação, que contém apenas um objectivo vago, determinar um valor, ainda que aproximado, para a portagem autorizada. O Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Austria, também não precisou o método de contabilização dos custos da rede rodoviária. Por último, existem certamente diversos métodos de contabilização compatíveis com o artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89. No entanto, uma vez que existe aqui uma grande margem de configuração, a Directiva 93/89 não pode ser directamente aplicável.

43. Estas considerações também têm de valer, por analogia, para a Directiva 1999/62, uma vez que as suas disposições correspondentes (em particular, o artigo 7.º, n.º 9), na medida em que não sofreram alterações substanciais, não são particularmente mais precisas, tendo até

uma redacção menos clara do que as da Directiva 93/89. O artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62 assenta agora no «valor médio ponderado das portagens» e já não simplesmente nas «taxas das portagens», o artigo 7.º, n.º 10, da Directiva 1999/62 prevê variações de acordo com as classes de emissão dos veículos e com a hora do dia e no artigo 9.º, n.º 2, da Directiva 1999/62 prevê-se a consignação de uma percentagem (indeterminada) à protecção do ambiente e ao desenvolvimento equilibrado das redes de transportes. O cálculo do valor de portagem autorizado para determinados veículos foi desse modo ainda mais dificultado.

44. A Directiva 93/89, pelo seu escopo de protecção, também não concede direitos individuais. O seu objectivo, a eliminação das distorções de concorrência, não é comprometido pela criação de tarifas diferentes para o percurso completo e para os percursos parciais. Nem da própria Directiva 93/89, nem dos seus fundamentos no Tratado CE resulta um escopo de regulação que pudesse justificar que os contratos de portagem por ela celebrados com os utilizadores da auto-estrada do Brenner sejam declarados nulos.

45. No que respeita à questão 3, alínea b), a ASFINAG considera que, em qualquer caso, os transportadores austríacos não podem invocar possíveis efeitos directos das disposições da directiva, uma vez que não foram prejudicados em razão da nacionalidade e que as directivas relativas aos custos das infra-estruturas não regulam a concorrência entre transportadores no interior do mesmo Estado-Membro.

46. O Governo austríaco também contesta o efeito directo das disposições das directivas em causa e argumenta — à semelhança da ASFINAG — com o facto de no artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 constarem para as três ordens de custos nele referidos — construção, exploração e desenvolvimento — tão poucas definições como para o conceito de «rede de infra-estruturas em causa». Deste modo, continua totalmente obscuro saber os custos que devem efectivamente subsumir-se a estes conceitos indeterminados e de que modo estes podem, consequentemente, entrar numa conta de custos correspondente. Uma restrição da margem de decisão dos Estados-Membros, já de si ampla, também não seria conseguida pelo facto de o valor de portagem a contabilizar para cada um dos utilizadores da auto-estrada nos termos do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 se ter de «orientar» apenas por estas ordens de custos e não ter porventura de lhes corresponder exactamente. Acresce que a distribuição dos custos por cada um dos grupos de utilizadores não está regulada. Por último, o artigo 7.º, alínea h), não contém indicações sobre um modo de cálculo que deva ser aplicado e com o qual se possa obter uma portagem para cada um dos utilizadores das estradas que corresponda à Directiva 93/89.

47. Estas imprecisões também se mantêm para a disposição do artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62, já que a sua redacção é, na sua maior parte, literalmente a mesma. Na nova directiva ainda se acrescentam elementos adicionais que impossibilitam uma determinabilidade directa do montante de portagem para cada um dos utilizadores das estradas. Esta permite que, numa determinada largura de banda, as taxas das

portagens sejam configuradas de forma diferente, de acordo com as diferentes classes de emissão dos veículos ou com a hora do dia [v. artigo 7.º, n.º 10, alíneas a) e b), CE]. Uma tal diferenciação das taxas segundo as classes de emissão dos veículos ou a hora do dia tem de ser adequada à letra da disposição do artigo 7.º, n.º 10, último período, da Directiva 1999/62, em conformidade com o objectivo prosseguido. O artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62 deixa, porém, de fora qualquer definição ou indicações mais precisas quanto às possibilidades de diferenciação.

48. Sem a existência de um resultado aritmético em conformidade com as disposições do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62, um valor de portagem calculado naqueles termos também não pode ser aferido pelo preceito de direito comunitário de não discriminação. A aplicabilidade directa do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62 deve ser negada, desde logo, em virtude da indeterminação do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62.

49. Contra um efeito directo também se pronuncia o facto de os Estados-Membros terem à sua disposição, para a determinação de uma portagem não discriminatória, uma considerável margem de decisão, nomeadamente em relação à selecção dos percursos parciais a considerar para o efeito.

50. Subsidiariamente, a República da Áustria alega, quanto à questão 3, alínea a), que o artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89, apenas enuncia três parâmetros, que não são precisamente determinados, nomeadamente, os custos de construção, de exploração e de desenvolvimento da rede de infra-estruturas em causa, e que devem ser tidos em conta como critérios para o valor de portagem. Contudo, faltam directrizes quanto ao modo como estes custos deve ser calculados e quais os componentes de custos das três ordens de grandeza referidas que devem ser efectivamente incluídos. O próprio Tribunal de Justiça, no seu acórdão Comissão/Áustria, também não proferiu nenhuma declaração, assente num cálculo dos custos da infra-estrutura, relativamente ao montante da portagem do Brenner compatível com o Tratado.

51. Relativamente à questão 3, alínea b), a República da Áustria — tal como a ASFINAG — é de opinião de que as Directivas 93/89 e 1999/62, conforme resulta dos considerandos, prosseguem o objectivo de regular a concorrência entre os transportadores dos diferentes Estados-Membros, sem que com isso tenha de ser regulado um direito subjectivo de cada um dos intervenientes no tráfego relativo à utilização de um determinado percurso com uma determinada tarifa. Em qualquer caso, um transportador austríaco não pode invocar as disposições relativas a discriminação em razão da nacionalidade, nos termos das Directivas 93/89 e 1999/62, uma vez que a regulação da concorrência entre transportadores do mesmo Estado-Membro não está abrangida pelo escopo de regulamentação da respectiva norma habilitadora de direito primário.

52. A Comissão, pelo contrário, considera que a proibição de discriminação consignada no artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e no artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62 não necessita de ser preenchida com nenhuma directrizes para ser directamente aplicável. O Tribunal de Justiça, no acórdão HI, já qualificou uma proibição de discriminação como incondicional e suficientemente precisa²⁰.

53. O objectivo das disposições em causa consiste na protecção do tráfego sobre a auto-estrada do Brenner de uma portagem exagerada em comparação com os utilizadores dos percursos parciais. Contudo, o tráfego, pela sua natureza, não compreende um processo puramente nacional. Além disso, tanto a redacção do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 como também a do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62 expressam que a totalidade do tráfego de trânsito deve ser protegida de um tratamento discriminatório, independentemente da nacionalidade dos transportadores. O mesmo também concluiu o Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Áustria²¹. Se a Rieser circular no percurso completo da auto-estrada do Brenner, pode, tal como qualquer outro transportador estrangeiro ou austríaco, invocar o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89, ou o artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62.

20 — Acórdão de 4 de Março de 1999, HI (C-258/97, Colect., p. I-1405, n.ºs 33 a 36).

21 — Referido na nota 5, n.º 16.

54. Ao invés, o efeito directo do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62 deve ser negado. Embora seja concedida uma certa directriz aos Estados-Membros, através do preceito de orientação pelos custos, estes ainda têm, no entanto, em obediência a esta directriz, uma margem de decisão de tal modo ampla que não dá lugar à necessária incondicionalidade para a aplicabilidade directa, nem à suficiente precisão do modo concreto de cálculo. Em consequência, é inútil responder à questão 3, alínea a).

2. Apreciação jurídica

a) Consideração prévia quanto ao tipo de veículos abrangidos pelas directivas

55. Na segunda questão prejudicial, o tribunal de reenvio reporta-se a veículos pesados com mais de três eixos. Segundo o artigo 2.º, quarto travessão, da Directiva 93/89 e o artigo 2.º, alínea d), da Directiva 1999/62, um veículo na acepção da directiva é um veículo a motor com um peso total em carga autorizado igual ou superior a 12 toneladas; o número de eixos não está em causa. Ainda que, regra geral, ambos os parâmetros coincidam dentro do mesmo tipo de veículos pesados, a interpretação que se segue refere-se apenas aos veículos definidos na directiva. Compete ao tribunal de reenvio averiguar se os veículos pesados utilizados pela Rieser se integram nesta definição.

b) A proibição de discriminação dos artigos 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62

i) Aplicabilidade directa

56. Segundo jurisprudência constante, sempre que, atento o seu conteúdo, disposições de uma directiva sejam incondicionais e suficientemente precisas, os particulares têm o direito de as invocar contra o Estado nos tribunais nacionais, quer quando este não fez a sua transposição para o direito nacional nos prazos previstos na directiva, quer quando tenha feito uma transposição incorrecta²².

57. O Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Áustria²³, declarou que as obrigações do artigo 7.º, alíneas b) e h), da Directiva 93/89 foram transpostas de forma insuficiente.

58. No que respeita à transposição para o direito nacional das disposições do

22 — V., entre outros, acórdão de 19 de Janeiro de 1982, Becker (8/81, Recueil, p. 53, n.º 25), e acórdão Fratelli Costanzo (referido na nota 10, n.º 29), bem como acórdãos de 1 de Junho de 1999, Kortas (C-319/97, Colect., p. I-3143, n.º 21), de 11 de Julho de 2002, Marks&Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 25), e de 10 de Abril de 2003, Steffensen (C-276/01, Colect., p. I-0000, n.º 38).

23 — Referido na nota 5; v. ainda, *supra*, n.º 6.

artigo 7.º, n.ºs 4 e 9, da Directiva 1999/62, não existe uma declaração judicial daquela natureza. Porém, uma vez que estas são, no essencial, atento o seu conteúdo, iguais às disposições citadas da directiva antecedente 93/89, o mesmo deve valer para elas, pelo menos no que respeita ao período aqui pertinente até 1 de Julho de 2000²⁴, dentro do qual esta devia estar transposta.

directamente a proibição de discriminação em razão da origem e do destino. A condição para tanto é que esta regulamentação seja incondicional e suficientemente precisa.

59. Deve igualmente analisar-se se os outros requisitos para a aplicabilidade directa da proibição de discriminação directa ou indirecta em razão da origem ou do destino do tráfego, do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89, bem como do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62, existem. No presente caso não está em causa a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, que também se encontra regulada nestas disposições. De facto, o Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Áustria²⁵, declarou que no estabelecimento das tarifas existe uma discriminação em razão da nacionalidade contrária ao artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89. Contudo, a Rieser, na qualidade de empresa austríaca, não pertence ao grupo prejudicado. Em consequência, a análise que se segue concentra-se em saber se a Rieser pode invocar

60. Quanto a este ponto, é de referir que o Tribunal de Justiça, em diversas áreas do direito comunitário, considerou proibições de discriminação contidas em directivas como directamente aplicáveis. Deste modo, declarou, em jurisprudência constante, que a proibição da discriminação (directa ou indirecta) em razão do sexo, no âmbito do acesso à actividade profissional e das condições de trabalho, bem como no âmbito da segurança social, é incondicional e suficientemente precisa, de modo que os particulares a podem invocar perante os tribunais nacionais para afastar todas as disposições de direito nacional que lhe são contrárias²⁶.

61. Para o sector da adjudicação de contratos públicos de serviços, o Tribunal de Justiça declarou que um prestador de serviços pode invocar disposições de directivas que contêm uma proibição geral de dis-

24 — Embora a ASFINAG tenha referido que as disposições nacionais pertinentes sobre portagens foram alteradas no sentido de que já não existe nenhuma discriminação em razão da nacionalidade ou da origem ou destino do tráfego, conforme a Comissão também atestou por comunicação de 17 de Abril de 2001, esta alteração ocorreu apenas com efeitos a partir de 1 de Fevereiro de 2001.

25 — Referido na nota 5, n.º 101.

26 — V. acórdão Marshall (referido na nota 13, n.º 52). V., igualmente, acórdãos de 4 de Dezembro de 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (71/85, *Colect.*, p. 3855, n.º 21), de 24 de Março de 1987, *McDermott e Cotter* (286/85, *Colect.*, p. 1453, n.º 14), de 13 de Dezembro de 1989, *Ruzius Wilbrink* (C-102/88, *Colect.*, p. 4311, n.º 19), e acórdão Foster (referido na nota 9, n.º 21), bem como acórdãos de 1 de Julho de 1993, *Van Cant* (C-154/92, *Colect.*, p. I-3811, n.º 17), de 27 de Outubro de 1993, *Van Gemert-Derks* (C-337/91, *Colect.*, p. I-5435, n.ºs 31 e segs.), e de 30 de Janeiro de 1997, *Balestra* (C-139/95, *Colect.*, p. I-549, n.º 32).

criminação, quando resulte da análise individual da sua redacção que são incondicionais e suficientemente claras e precisas²⁷.

62. Recentemente, o Tribunal de Justiça declarou ainda que a proibição de discriminação do artigo 9.º, n.º 2, da Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações²⁸ é directamente aplicável²⁹.

63. Neste contexto, nada se opõe, por princípio, a que também sejam conferidos efeitos directos a disposições de directivas que proibam discriminações em razão da origem ou do destino do transporte, desde que estas preencham as condições mínimas de incondicionalidade e precisão.

64. No que respeita à precisão suficiente do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89, bem como do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62, verifica-se que estas disposições

excluem uma discriminação em razão da origem e do destino do transporte, de uma forma geral e clara. As alegadas dificuldades na determinação dos percursos a comparar, invocadas pelo tribunal de reenvio, pela ASFINAG e pelo Governo austríaco, em nada contrariam a precisão da proibição de discriminação.

65. Uma violação de uma proibição de discriminação pode consistir na aplicação de diferentes regulamentações a situações de facto semelhantes ou da mesma regulamentação a situações de facto diferentes. Deste modo, a aplicação de uma proibição de discriminação pressupõe uma comparação caso a caso de situações de facto diferentes e das respectivas disposições reguladoras. Compete, em primeira linha, ao aplicador do direito, e não ao legislador, proceder a esta comparação.

66. Com efeito, uma regulamentação pode indicar critérios de comparação, tais como, no presente caso, os da nacionalidade ou do local de origem e destino. No entanto, em face das múltiplas configurações dos possíveis contextos de facto, é impossível ao legislador apresentar todos os factores que podem influir na comparação. Porém, isto em nada altera a clara expressão da proibição de discriminação de que situações iguais não podem ser tratadas de modo desigual e situações diferentes não podem ser tratadas do mesmo modo.

27 — Acórdão de 24 de Setembro de 1998, Tögel (C-76/97, Colect., p. I-5357, n.ºs 42 e segs.), e acórdão HI (referido na nota 20, n.ºs 24 e segs.).

28 — JO L 117, p. 15.

29 — Acórdão de 22 de Maio de 2003, Connect Austria (C-462/99, Colect., p. I-0000, n.º 114).

67. No acórdão Comissão/Áustria³⁰, o Tribunal de Justiça confrontou a portagem por quilómetro pela utilização do percurso completo com a portagem por quilómetro devida pela utilização de determinados percursos parciais. Para tanto, apenas teve em conta os percursos parciais que ligam localidades significativas do ponto de vista económico e, desse modo, tomou em consideração um critério adicional de comparação entre os percursos, a par da origem e do destino. Isto porque só nos percursos seleccionados pelo Tribunal de Justiça é que existe uma circulação de camiões proporcional à do percurso completo. Este critério corresponde ao sentido e objectivo da directiva, de eliminação de distorções de concorrência³¹.

68. Deve ainda analisar-se se a proibição de discriminação estabelecida pode ser considerada incondicional, face às excepções e reservas contidas, em qualquer caso, no artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 («[...] Sem prejuízo do disposto no artigo 8.º, n.º 2, alínea e), e do artigo 9.º [...]»)³².

69. Esta questão também deve obter resposta afirmativa. No caso da reserva quanto ao artigo 8.º, n.º 2, alínea e), trata-se de uma disposição transitória que, embora restrinja a validade da directiva por

um determinado período, não faz depender o citado princípio, no seu âmbito de aplicação, de nenhuma condição. Também a regulamentação contida no artigo 9.º se destina apenas a reservar aos Estados-Membros a faculdade de excluir as zonas fronteiriças do âmbito de aplicação da directiva, de acordo com o procedimento constante da decisão do Conselho, de 21 de Março de 1962. No entanto, a mesma não tem manifestamente como objectivo limitar a aplicação do princípio da igualdade de tratamento no seu âmbito material ou de lhe impor condições e, em consequência, também não se opõe à presunção de efeito directo da proibição de discriminação³³.

70. Estando assim preenchidos os critérios para um efeito directo do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62, através de uma análise individual da disposição, importa saber se a proibição de discriminação também pode ser considerada suficientemente precisa e incondicional tendo em conta a sua relação sistemática com as restantes disposições da directiva, para poder ser invocada pelos particulares contra o Estado (em sentido lato). A ASFINAG e o Governo austríaco consideram-no duvidoso com o argumento de que o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89, bem como o artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62 não têm efeito directo, em virtude das possibilidades de diferenciação e das margens de decisão conferidas aos Estados-Membros pelo artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89, bem como pelo artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62, na fixação do montante da portagem.

30 — Referido na nota 5, n.ºs 72 a 75.

31 — V., respectivamente, o primeiro considerando da Directiva 93/89 e da Directiva 1999/62.

32 — V., também, acórdão Foster (referido na nota 9, n.ºs 53 e segs.).

33 — V., ainda, acórdão *Federatie Nederlandse Vakbeveging* (referido na nota 26, n.º 19).

71. No entanto, esta argumentação não deve ser seguida. Quanto a este aspecto, é de referir que a concessão de uma margem de fixação, de cálculo ou de avaliação na transposição de uma directiva não é contrária ao seu efeito directo, quando o objectivo da directiva está fixado de forma suficientemente clara. Até porque mesmo quando uma disposição de uma directiva concede aos Estados-Membros um poder de apreciação relativamente à escolha da forma e dos meios de alcançar o objectivo, pode ainda apresentar de modo incondicional o objectivo que deve ser alcançado, tal como, eventualmente, a supressão de todas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento³⁴.

72. Do mesmo modo, pode argumentar-se no presente caso que a circunstância de os Estados-Membros manterem margens consideráveis de variação e decisão na fixação de um valor de portagem compatível com a directiva — tal é pacífico entre as partes — não é de molde a negar o efeito directo da proibição de discriminação formulada de modo suficientemente preciso e incondicional.

73. Deste modo, resulta que as disposições dos artigos 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62 têm efeito directo, no que respeita ao objectivo nelas formulado, o qual tem de ser alcançado aquando da determinação de uma portagem compatível com a directiva.

ii) Podem empresas austríacas igualmente invocar a proibição de discriminação? [Questão prejudicial 3, alínea b)]

74. De acordo com a redacção da disposição em causa, um tratamento discriminatório em razão da nacionalidade do transportador *ou* da origem ou destino é inadmissível. Enquanto a primeira variante — nenhum tratamento discriminatório em razão da nacionalidade — tem manifestamente em vista a protecção do transportador estrangeiro, um tal sentido de protecção (limitada) já não resulta da segunda variante de factores — nenhum tratamento discriminatório em razão da origem ou do destino do transporte.

75. Consequentemente, o Tribunal de Justiça, no acórdão Comissão/Austria³⁵, assentou a declaração de violação do Tratado nas violações das duas variantes da proibição de discriminação e afirmou que o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 proíbe não só qualquer discriminação em razão da nacionalidade do transportador, mas também em razão da origem ou do destino do transporte, a fim de evitar qualquer forma de distorção da concorrência entre as empresas de transportes dos Estados-Membros³⁶.

34 — Acórdão *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (referido na nota 26, n.ºs 20 e segs.); v., também, acórdão *Becker* (referido na nota 22, n.ºs 28 e segs.).

35 — V. nota 5. A este respeito, v. ainda as conclusões do advogado-geral A. Saggio, de 24 de Fevereiro de 2000, no processo *Comissão/Austria* (C-205/98, Colect., p. I-7369, n.º 47).

36 — Referido na nota 5, n.º 109.

76. O Tribunal de Justiça assentou a violação desta segunda variante, independentemente da nacionalidade do transportador, apenas no facto de os veículos que efectuem o transporte de mercadorias estarem sujeitos a uma tarifação diferente, consoante utilizem o percurso completo da auto-estrada do Brenner ou determinados percursos parciais, e de que tal se opera em detrimento dos veículos em trânsito³⁷.

77. Resulta do exposto que os transportadores austríacos que, no tráfego, utilizam o percurso completo da auto-estrada do Brenner e, desse modo, são prejudicados em razão do ponto de partida ou de chegada do transporte, relativamente a utilizadores de determinados percursos parciais, podem igualmente invocar a segunda variante da proibição de discriminação estabelecida no artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89.

78. Também o facto de, segundo as constatações do Tribunal de Justiça, a maioria dos veículos em trânsito não estar matriculada na Áustria³⁸, pelo que a discriminação em razão da nacionalidade coincide frequentemente de facto com a discriminação em razão dos pontos de partida e de chegada, em nada altera este sentido subjectivo de protecção da disposição da directiva.

iii) Consequências da aplicabilidade directa da proibição de discriminação

79. Quando os particulares podem invocar disposições da directiva directamente aplicáveis, as disposições de direito nacional que lhes são contrárias não são aplicáveis. Tal não tem apenas como consequência que a portagem em excesso já não tem de ser paga. Para assegurar o efectivo efeito da proibição de discriminação, devem, além disso, ser ainda restituídos os montantes já pagos, na medida em que excedem os valores pagos pelo grupo favorecido, ou seja, neste caso, pelos utilizadores dos percursos parciais comparáveis.

80. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o direito de obter o reembolso de imposições cobradas num Estado-Membro em violação das disposições do direito comunitário é, de facto, a consequência e o complemento dos direitos conferidos aos respectivos titulares pelas disposições comunitárias, tal como foram interpretadas pelo Tribunal de Justiça³⁹. Além disso, só pelo reembolso das imposições indevidamente pagas é que a distorção causada na concorrência é eliminada⁴⁰.

39 — Acórdãos de 2 de Fevereiro de 1988, Barra (309/85, Colect., p. 355, n.º 17), de 6 de Julho de 1995, BP Soupergaz (C-62/93, Colect., p. I-1883, n.º 40), de 9 de Fevereiro de 1999, Dillexport (C-343/96, Colect., p. I-579, n.º 23), de 8 de Março de 2001, Metallgesellschaft e o. (C-397/98 e C-410/98, Colect., p. I-1727, n.º 84), e acórdão Marks&Spencer (referido na nota 22, n.º 30).

40 — V. as conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed, de 3 de Junho de 2003, Comissão/Itália (C-129/00, Colect., p. I-0000, n.º 70).

37 — Referido na nota 5, n.º 111 e segs.

38 — V. acórdão Comissão/Áustria (referido na nota 5, n.º 107 e segs.).

81. O Tribunal de Justiça também já decidiu várias vezes neste sentido, em caso de imposições cobradas em violação de uma proibição de discriminação⁴¹. Nestes casos tratou-se, aliás, sempre de violações de proibições de discriminação directamente decorrentes das disposições do Tratado. É certo que não se vislumbra nenhuma razão pela qual a violação de uma proibição de discriminação estabelecida numa directiva directamente aplicável tenha de ser tratada de forma diferente no alargamento dos seus efeitos. Acresce que o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de um direito de reembolso também em casos de violações de disposições de directivas de outra natureza, directamente aplicáveis⁴².

82. Também existe o direito à restituição de somas indevidamente pagas, nos casos em que estas são cobradas por uma empresa formalmente privada, mas controlada pelo Estado, em violação de disposições comunitárias⁴³. Em particular, não pode objectar-se contra tal direito que os montantes não foram cobrados como uma taxa estadual, mas como um pagamento exigível ao abrigo de um acordo de direito privado e que, em consequência, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao reembolso de imposições contrárias ao direito comunitário não é aplicável⁴⁴.

83. Nessa medida, é de referir que resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a qualificação de uma imposição, imposto, taxa ou direito à luz do direito comunitário compete ao Tribunal de Justiça, em função das características objectivas de uma imposição, independentemente da qualificação dada em direito nacional⁴⁵.

84. O mesmo deve valer quando a contraprestação para a utilização de uma prestação estatal é cobrada sob a forma de uma remuneração contratual pela utilização em virtude de uma privatização do sector administrativo em causa que, no entanto, em razão da sua função, deve ser qualificada como, ou substituída, uma taxa pública (de portagem). O ponto de vista desenvolvido em resposta à primeira questão prejudicial, de que um Estado-Membro não pode eximir-se de obrigações de direito comunitário através da privatização ou da concessão de determinados sectores da administração pública, também deve ser trazido à colação em relação à restituição de imposições.

85. Se os Estados-Membros ou as pessoas jurídicas e as instituições que integram o conceito lato de Estado são em princípio obrigados a restituir as imposições cobradas em violação do direito comunitário de efeito directo, a regulação das modalidades processuais das acções judiciais destinadas

41 — Tal como no acórdão Barra (referido na nota 39), v., também, acórdãos de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 12), e de 17 de Julho de 1997, GT-Link (C-242/95, Collect., p. I-4449, n.º 58).

42 — V. acórdão BP Soupergarg (referido na nota 39).

43 — V., em conformidade, acórdão GT-Link (referido na nota 41, n.º 59), quanto à obrigação de restituição de uma empresa pública.

44 — V., quanto a este aspecto, as alegações da República da Áustria no processo paralelo C-257/02, reproduzidas no pedido de decisão prejudicial do Oberster Gerichtshof.

45 — V., entre outros, acórdãos de 13 de Fevereiro de 1996, Bautia e société française maritime (C-197/94 e C-252/94, Collect., p. I-505, n.º 39), e de 4 de Outubro de 2001, Athinaiki Zythopoiia (C-294/99, Collect., p. I-6797, n.º 27).

a garantir a protecção dos direitos que decorrem para os cidadãos do direito comunitário compete, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro; no entanto, ao abrigo do princípio da equivalência e da efectividade, essas modalidades processuais não podem ser menos favoráveis do que as modalidades relativas a acções análogas de natureza interna e não podem tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária⁴⁶.

86. A determinação precisa do montante dos valores a restituir também compete ao tribunal de reenvio, que, para tanto, tem de se orientar pelo objectivo de igualar a discriminação entre os utilizadores do percurso total e os utilizadores dos três percursos parciais (Innsbruck-Schönberg, Innsbruck-Matrei/Steinach e Matrei/Steinach-posto fronteiriço), considerados como comparáveis pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Áustria⁴⁷.

87. Coloca-se a questão de saber como deve ser tida em conta a situação de possível repercussão de custos pelo devedor da taxa sobre terceiros. O problema coloca-se no presente caso, já que a Rieser invoca,

conforme resulta do pedido de decisão prejudicial, que os aumentos de portagens não podiam ser repercutidos junto dos clientes, o que é contestado pela ASFINAG⁴⁸.

88. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, o sujeito passivo que pagou impostos, direitos e taxas cobrados em violação do direito comunitário não pode exigir a sua restituição, quando se prove que os repercutiu efectivamente sobre outras pessoas⁴⁹.

89. Efectivamente, nessas condições, não é o operador quem suporta o encargo do imposto indevidamente cobrado, mas sim o comprador sobre quem foi repercutido o encargo. Assim, restituir ao operador o montante do imposto que o mesmo já cobrou ao comprador equivaleria para aquele a um duplo pagamento susceptível de ser qualificado como enriquecimento sem causa, sem que, porém, sejam remediadas as consequências da ilegalidade do imposto para o comprador⁵⁰.

90. No entanto, o problema da existência ou não de repercussão de cada imposição indirecta constitui questão de facto da competência do juiz nacional. Na verdade,

48 — V. pp. 9 e 13 do pedido de decisão prejudicial.

49 — Acórdãos de 27 de Fevereiro de 1980, Just (68/79, Recueil, p. 501), de 27 de Março de 1980, Denkavit (61/79, Recueil, p. 1205), de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (referido na nota 41, n.º 13), de 14 de Janeiro de 1997, Comateb (C-192/95 a C-218/95, Collect., p. I-165, n.º 21), e de 17 de Julho de 1997, GT-Link (referido na nota 41, n.º 58).

50 — Acórdão Comateb (referido na nota 49, n.º 22).

46 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Collect. 1976, p. 813, n.º 5), de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Collect., p. I-4599, n.º 12), de 15 de Setembro de 1998, Ansaldo Energia (C-279/96, C-280/96 e C-281/96, Collect., p. I-5025, n.º 16), e de 10 de Setembro de 2002, Prisco (C-216/99 e C-222/99, Collect., p. I-6761, n.º 69 e segs.).

47 — Referido na nota 5, n.º 72 a 75.

a repercussão efectiva, parcial ou total, depende de vários factores que acompanham cada transacção comercial e a diferenciam de outras situações em contextos diversos⁵¹. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não pode, em qualquer caso, presumir-se que houve repercussão; em particular, não cabe ao contribuinte fazer a prova em contrário. Em consequência, um Estado-Membro só pode recusar a um contribuinte a restituição de uma imposição cobrada em violação do direito comunitário, nos casos em que o ónus da imposição foi *comprovadamente* suportado por um terceiro na sua totalidade e quando a restituição ao contribuinte conduza ao enriquecimento sem causa deste⁵².

91. Complementarmente, deve ainda referir-se que mesmo a restituição do valor do acréscimo da imposição que foi comprovadamente total ou parcialmente repercutido sobre o cliente, não conduz necessariamente a um enriquecimento sem causa. Isto porque o contribuinte pode também ter sofrido um prejuízo pela circunstância de ter repercutido a jusante o imposto cobrado em violação do direito comunitário, por o acréscimo de preço do produto provocado pela repercussão do imposto ter implicado uma diminuição do volume de vendas⁵³.

c) A determinação da orientação da portagem segundo os custos, nos termos do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62

92. Quanto ao efeito directo do artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e do artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62, a ASFINAG, a República da Áustria e a Comissão, nas suas alegações, concordam, no essencial, que estas disposições não revelam a suficiente precisão e incondicionalidade necessárias para uma aplicabilidade directa.

93. Concorro com esta opinião. Até porque estas disposições limitam-se a fornecer aos Estados-Membros determinados parâmetros (construção, exploração e desenvolvimento da rede de estradas em causa ou da rede de infra-estruturas em causa) para a fixação do valor da portagem, sem definir esses conceitos ou sem delimitar de outro modo a margem de decisão deixada aos Estados-Membros na fixação das modalidades de cálculo e de contabilização do montante de portagem. A falta de precisão da norma evidencia-se ainda pelo facto de ambas as disposições das directivas exigirem apenas uma «ligação» aos referidos parâmetros de custos, mas não exigem nenhuma observação estrita ou algo semelhante. Deste modo, os artigos 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62 — abstraindo dos mencionados pontos de referência — deixam aos Estados-Membros a escolha relativamente à determinação do método de cálculo e contabilização para a fixação de uma portagem conforme à directiva.

51 — O advogado-geral L. A. Geelhoed, nas conclusões que apresentou no processo C-129/00, ocupa-se aprofundadamente das difíceis considerações gestionárias que têm influência neste contexto (referido na nota 40, n.ºs 72 a 79).

52 — Acórdão de 25 de Fevereiro de 1988, Bianco e Girard (331/85, 376/85 e 378/85, Colect., p. 1099, n.º 17).

53 — Assim o declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Comateb (referido na nota 49, n.º 31) por referência para o n.º 23 das conclusões do advogado-geral G. Tesouro, de 27 de Junho de 1996, apresentadas neste processo.

d) Conclusão intermédia

os veículos de transporte de mercadorias com um peso bruto autorizado igual ou superior a 12 toneladas para o percurso completo da auto-estrada do Brenner austríaca.

94. Face às considerações precedentes deve responder-se do seguinte modo às segunda e terceira questões prejudiciais:

D — *Quanto à quarta questão*

— A proibição de discriminação em razão da origem ou do destino do transporte, regulada no artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e no artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62, é directamente aplicável; as empresas que tenham pago pela utilização do percurso completo com veículos com um peso total em carga autorizado igual ou superior a 12 toneladas uma taxa por quilómetro superior à taxa paga pelos utilizadores de percursos parciais economicamente comparáveis, podem invocar a proibição de discriminação e exigir a restituição da portagem paga em excesso.

1. Alegações das partes

95. A ASFINAG chama a atenção para o facto de o Tribunal de Justiça, embora tenha declarado a nulidade da Directiva 93/89, no acórdão Parlamento/Conselho, ter ainda assim mantido os efeitos da directiva anulada «até que o Conselho adopte uma nova directiva»⁵⁴.

— Os transportadores austríacos também podem invocar o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e o artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62.

96. A Directiva 1999/62 foi adoptada em 17 de Junho de 1999, pelo que, nessa data, de acordo com a declaração clara do citado acórdão, cessaram os efeitos da Directiva 93/89 e, em consequência, a regulamentação das portagens, a partir de 17 de Junho de 1999, já não podia contrariar esta directiva. A Directiva 1999/62 podia efectivamente produzir efeitos antecipados antes do decurso do prazo para a sua transposição. Entretanto, no período entre 17 de Junho de 1999 e 1 de Julho de 2000 (fim do prazo para a transposição), a

— O artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e o artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62 não são directamente aplicáveis, quanto à fixação de uma portagem compatível com a directiva para

⁵⁴ — Referido na nota 4, n.º 32.

República da Áustria não adoptou medidas que contrariassem os objectivos da nova directiva. Em consequência, não houve nenhum vazio normativo. No entanto, a Directiva 1999/62 não conseguiu produzir efeito directo antes do decurso do prazo para a transposição.

97. Também o Governo austríaco remete para o acórdão Parlamento/Conselho e alega, a esse respeito, que se o Tribunal de Justiça, relativamente à manutenção dos efeitos da Directiva 93/89, quisesse assentar noutro momento que não o da adopção da nova directiva, tê-lo-ia dito expressamente. Em consequência, a manutenção declarada no acórdão Parlamento/Conselho, da Directiva 93/89 anulada só podia subsistir até à adopção da nova directiva.

98. Contudo, o efeito vinculativo das directivas não surge apenas com o decurso do prazo de transposição. No quadro do reconhecimento dos efeitos antecipados da Directiva 1999/62, a República da Áustria não adoptou medidas que pusessem em causa o objectivo de regulamentação desta directiva.

99. Em contrapartida, não pode admitir-se a existência de um efeito directo antes do decurso do prazo para a transposição. Um tal entendimento do efeito antecipado de uma directiva resultaria num contorno do conceito fundamental do duplo nível da directiva, nomeadamente, da necessidade de um acto legislativo de direito comunitário e de direito nacional.

100. A Comissão recorda que a Directiva 1999/62, que entrou em vigor em 20 de Julho de 1999, de acordo com o seu quarto considerando, substitui a Directiva 93/89. Deste modo, a antiga Directiva 93/89 deixou de estar em vigor naquela data. No entanto, os Estados-Membros, no período entre 20 de Julho de 1999 e 1 de Julho de 2000, tinham de tomar a Directiva 1999/62 em consideração, na medida em que na pendência do prazo nela fixado para a transposição, não podiam adoptar medidas susceptíveis de pôr seriamente em causa a realização do objectivo desta directiva. Tal resulta directamente dos artigos 10.º, n.º 2, CE e 249.º, n.º 3, CE, bem como da própria Directiva 1999/62.

2. Apreciação jurídica

101. No processo principal, a Rieser invoca o direito à restituição de portagens pagas em excesso no período entre 1 de Janeiro de 1997 e 31 de Julho de 2000. É condição para a existência desse direito a existência, durante todo o período, de uma regulamentação de direito comunitário que tenha sido violada pelas taxas de portagens e que possa ser invocada pela Rieser.

102. Neste contexto, as duas partes da quarta questão prejudicial vão materialmente no sentido do esclarecimento de até quando a Directiva 93/89 produzia efeitos directos a favor da Rieser e a partir de quando eventualmente a Directiva 1999/62 produzia efeitos análogos.

a) Quanto à manutenção dos efeitos da Directiva 93/89

103. As partes — na medida em que se pronunciam sobre a quarta questão prejudicial — partem todas, correctamente, do princípio de que o efeito directo da Directiva 93/89 se extinguiu com a publicação da Directiva 1999/62 e não se manteve eventualmente em vigor até ao decurso do prazo para a transposição da nova directiva. De facto, no acórdão Parlamento/Conselho, o Tribunal de Justiça ordenou que os efeitos da Directiva 93/89 se mantivessem «até que o Conselho adopte uma nova regulamentação na matéria»⁵⁵.

104. Também não parece possível, por variadas razões, determinar que os efeitos da Directiva 93/89 se mantivessem até que a Directiva 1999/62 estivesse transposta. Neste caso, ambas as directivas estariam em vigor durante o prazo para a transposição da Directiva 1999/62. Se as directivas se afastassem uma da outra, não seria claro, qual das directrizes os Estados-Membros deveriam observar durante aquele período. Além disso, a cessação dos efeitos da Directiva 93/89 estaria dependente da actuação dos Estados-Membros e ocorreria em momentos diferentes para cada Estado-Membro.

105. No entanto, as partes não estão de acordo quanto ao momento exacto de cessação dos efeitos directos da directiva — adopção ou entrada em vigor da nova directiva. A Directiva 1999/62 foi adoptada pelo Conselho em 17 de Junho de 1999, mas só entrou em vigor, nos termos do seu artigo 13.º, com a sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* em 20 de Julho de 1999. A redacção da determinação de manutenção dos efeitos aponta antes para o primeiro momento⁵⁶. O tribunal de reenvio também assenta neste momento na questão prejudicial n.º 4, alínea b).

106. No entanto, o sentido e o objectivo da manutenção dos efeitos de um acto jurídico suspenso é o de não permitir que surja um vazio normativo até que um novo acto jurídico venha substituir o anulado. Tal só é garantido se o acto jurídico anulado se mantiver em vigor até que o novo acto jurídico possa produzir efeitos. Uma vez que a Directiva 1999/62 apenas produz efeitos com a sua entrada em vigor, a determinação do Tribunal de Justiça deve ser entendida no sentido de a Directiva 93/89 ter continuado em vigor até àquele momento, ou seja, até às 24 horas do dia 19 de Julho de 1999⁵⁷. Se se entendesse por «adopção» do novo acto jurídico na acep-

56 — V. acórdão Parlamento/Conselho (referido na nota 4, n.º 2 da parte dispositiva).

57 — Segundo o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 do Conselho, de 3 de Junho de 1971, relativo à determinação das regras aplicáveis aos prazos, às datas e aos termos, a entrada em vigor dos actos jurídicos fixada para uma data determinada verifica-se no início da primeira hora do dia correspondente a essa data. Em consequência, a Directiva 1999/62 entrou em vigor às 0.00 horas do dia 20 de Julho de 1999.

55 — Referido na nota 4, n.º 2 da parte dispositiva.

ção do acórdão Parlamento/Conselho a sua adopção por parte do Conselho, haveria um vazio normativo entre 17 de Junho e 20 de Julho de 1999.

107. Assim, a Rieser pode até invocar, para o período até 19 de Julho de 1999, que a portagem foi cobrada em violação do artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89.

b) Quanto aos efeitos da Directiva 1999/62 antes do decurso do prazo para a transposição

108. É de analisar se a Directiva 1999/62, no período entre 20 de Julho de 1999 — data da sua entrada em vigor — e 30 de Junho de 2000 — fim do prazo para a transposição⁵⁸ — já produzia efeitos a favor da Rieser.

109. Durante aquele período, os Estados-Membros têm a obrigação de transpor a directiva para o direito nacional e, além disso, de se abster de adoptar medidas susceptíveis de comprometer seriamente a

concretização do resultado prescrito pela directiva⁵⁹. A determinação especialmente desenvolvida no acórdão Inter-Environnement Wallonie⁶⁰, assente nos artigos 10.º e 249.º, n.º 3, CE, de abstenção de adopção de medidas susceptíveis de comprometer a realização do objectivo prosseguido por uma directiva, não vai, no entanto, tão longe que regulamentações nacionais incompatíveis com a directiva tenham de ser adaptadas ainda na pendência do prazo para a transposição.

110. De todo o modo, em casos excepcionais, os efeitos antecipados da directiva podem opor-se à introdução de novas disposições de direito nacional, nomeadamente nos casos em que estas são completamente contrárias ao espírito e conteúdo da directiva e, desse modo, comprometem a adaptação atempada da ordem jurídica nacional⁶¹.

111. No presente caso não existe uma excepção dessa natureza, uma vez que a taxa em causa, contrária à proibição de discriminação regulada na Directiva 1999/62, foi introduzida já antes da adopção da Directiva 1999/62. De resto, a

59 — Acórdãos de 3 de Março de 1994, Vaneetveld (C-316/93, Colect., p. I-763, n.º 18) e de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 45); v., também, acórdão de 10 de Dezembro de 2002, British American Tobacco e o. (C-491/01, Colect., p. I-11453, n.ºs 32 e segs.), bem como as conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed, apresentadas em 10 de Setembro de 2002, no processo British American Tobacco e o. (C-491/01, Colect., p. I-11461, n.º 43).

60 — Referido na nota 59; v., também, acórdão de 8 de Maio de 2003, ATRAL (C-14/02, Colect., p. I-0000, n.ºs 58 e segs.).

61 — V. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, de 24 de Abril de 1997, no processo Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7413, n.º 40 e segs.). O Tribunal de Justiça afirmou a existência de um tal caso no acórdão ATRAL (referido na nota 60).

58 — Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à directiva até 1 de Julho de 2000.

determinação da taxa não dificulta consideravelmente a posterior transposição da directiva, uma vez que a taxa podia ter sido alterada novamente a curto prazo. Eventualmente, necessitaria apenas de uma regulamentação especial de transição, tendo em vista os cartões de desconto.

112. Nos termos de jurisprudência constante, os órgãos de soberania nos Estados-Membros estão também obrigados a interpretar o direito nacional — quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva — à luz da directiva⁶². Uma vez que uma directiva já produz efeitos relativamente aos seus destinatários, mesmo antes da sua entrada em vigor, existem argumentos para que se considere que o dever decorrente do artigo 249.º, n.º 3, CE, de interpretação do direito nacional em conformidade com a directiva, já existe mesmo antes de expirar o prazo para a transposição da directiva⁶³.

113. As disposições de direito austríaco relativas às taxas da portagem do Brenner não dão, no entanto, lugar para uma interpretação que exclua a discriminação.

114. Porém, é duvidoso até que ponto um particular pode invocar uma directiva, durante o prazo para a sua transposição, quando o Estado-Membro já a transpôs para o direito nacional, embora não o tenha feito correctamente.

115. Desde logo, a Directiva 93/89 tinha de ser transposta para o direito nacional. Considerando que as disposições sobre portagens em causa, na opinião da Áustria, constituem uma transposição correcta da Directiva 93/89, não haveria, depois da adopção da Directiva 1999/62, quase nenhuma necessidade de regulamentação, uma vez que as disposições das duas directivas se equivalem na sua maioria. Em qualquer caso, a Áustria — conforme resulta do processo — só adaptou as disposições sobre portagens na sequência do acórdão proferido no âmbito da acção por incumprimento do Tratado e com efeitos a partir de 1 de Fevereiro de 2001. Em contrapartida, a substituição da Directiva 93/89 pela Directiva 1999/62 não provocou a actuação do legislador austríaco.

116. Sobre a questão se os particulares podem invocar uma decisão dirigida a um Estado-Membro, ainda no decurso do prazo fixado pela mesma para a sua transposição, quando a decisão já foi transposta, embora de forma incorrecta, debruçou-se aprofundadamente o advogado-geral F. G. Jacobs nas conclusões que proferiu no processo Hansa Fleisch Ernst Mundt⁶⁴.

62 — Acórdãos de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing* (C-106/89, *Colect.*, p. I-4135, n.º 8), de 16 de Dezembro de 1993, *Wagner Miret* (C-334/92, *Colect.*, p. I-6911, n.º 20), acórdão *Faccini Dori* (referido na nota 11, n.º 26), e acórdão de 27 de Junho de 2000, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* (C-240/98 a C-244/98, *Colect.*, p. I-4941, n.º 30).

63 — Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 25 de Junho de 1992 no processo *Hansa Fleisch Ernst Mundt* (C-156/91, *Colect.*, pp. I-5567, I-5578, n.º 23 e 24).

64 — Referido na nota 63, n.º 19 e segs.

Embora neste caso se tratasse de uma decisão, as suas considerações relativamente ao efeito directo podem igualmente ser transpostas para directivas.

c) Violação de disposições do Tratado directamente aplicáveis

117. O advogado-geral F. G. Jacobs chega, com razão, à conclusão de que não se pode invocar um acto jurídico antes do decurso do prazo para a sua transposição, uma vez que, caso contrário, os Estados-Membros que tivessem tentado a transposição atempadamente — embora de forma incorrecta —, encontrar-se-iam em pior situação do que um Estado-Membro que nada tivesse feito. Além disso, a doutrina do efeito directo baseia-se no princípio de que um Estado-Membro não pode opor a um particular o incumprimento, por ele próprio, de uma obrigação comunitária. Contudo, a obrigação de aplicar a legislação comunitária apenas produz efeitos após o decurso do prazo estabelecido para a transposição. O Tribunal de Justiça, no acórdão que proferiu neste processo, declarou ainda que um particular não pode invocar directamente a decisão na pendência do prazo para a transposição⁶⁵.

118. Em consequência, a Rieser não pode exigir a restituição parcial da portagem, referente ao período entre 20 de Julho de 1999 até 30 de Junho de 2000, com base numa violação da proibição de discriminação constante da Directiva 1999/62 pela taxa de portagem.

119. No entanto, importa saber se a Rieser pode basear o seu direito para este período numa violação de uma disposição do Tratado, por parte das disposições relativas à portagem. Embora o tribunal de reenvio não tenha submetido ao Tribunal de Justiça nenhuma questão a este respeito, a mesma deve ser analisada, uma vez que é jurisprudência constante que, no âmbito do processo de cooperação entre órgãos jurisdicionais introduzido pelo artigo 234.º CE, compete ao Tribunal de Justiça dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil que lhe permita decidir o litígio que lhe foi submetido⁶⁶.

120. As disposições relativas à portagem são desde logo passíveis de violar o artigo 72.º CE, que impõe aos Estados-Membros o dever de não alterar as disposições existentes em matéria de transportes de modo que se tornem menos favoráveis para os transportadores dos restantes Estados-Membros. Contudo, uma vez que, nessa medida, se trata de uma pura proibição de discriminação em razão da nacionalidade, ou da sede da sociedade, a Rieser não pode invocar esta disposição, na qualidade de empresa estrangeira.

65 — Acórdão de 10 de Novembro de 1992, Hansa Fleisch Ernst Mundt (C-156/91, Colect., p. I-5367, n.º 20).

66 — V., entre outros, acórdãos de 17 de Julho de 1997, Krüger (C-334/95, Colect., p. I-4517, n.º 22), e de 28 de Novembro de 2000, Roquette Frères (C-88/99, Colect., p. I-10463, n.º 18).

121. Além disso, pode estar em causa uma violação contra a liberdade de prestação de serviços. Nos termos do artigo 51.º, n.º 1, CE, a livre prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes. Em virtude desta restrição, o objectivo prosseguido pelo artigo 49.º CE, que é o de suprimir as restrições à livre prestação de serviços em matéria de transportes durante o período transitório, deve ser alcançado no quadro da política comum dos transportes definida nos artigos 70.º CE e 71.º CE. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶⁷, mesmo após o decurso do período transitório, os artigos 49.º CE e 50.º CE não são directamente aplicáveis no domínio dos transportes⁶⁸. Por outro lado, tal também não impede que seja conferido a estas disposições um significado orientador, na medida em que cabe ao Conselho realizar a livre prestação de serviços em matéria de transportes neste sector.

122. O Regulamento (CEE) n.º 881/92 do Conselho, de 26 de Março de 1992, relativo ao acesso ao mercado dos transportes rodoviários de mercadorias na Comunidade efectuados a partir do ou com destino ao território de um Estado-Membro ou que atravessem o território de um ou vários Estados-Membros⁶⁹ instaurou a livre prestação de serviços em matéria de trans-

portes internacionais rodoviários de mercadorias⁷⁰. Uma vez que a Rieser circulou pelo percurso completo da auto-estrada do Brenner até ao posto fronteiriço italiano, é de presumir que pagou prestações no âmbito de um transporte internacional.

123. Segundo jurisprudência constante, o artigo 49.º CE exige não só a eliminação de qualquer discriminação contra o prestador de serviços em razão da nacionalidade, mas igualmente a supressão de qualquer restrição, ainda que indistintamente aplicada a prestadores nacionais e de outros Estados-Membros, quando seja susceptível de proibir ou entravar de alguma forma as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro onde ele preste legalmente serviços análogos⁷¹. Esta liberdade opõe-se igualmente à aplicação de qualquer legislação nacional que tenha como efeito tornar a prestação de serviços entre Estados-Membros mais difícil que a prestação de serviços puramente interna de um Estado-Membro⁷².

67 — V. acórdão de 22 de Maio de 1985, Parlamento/Conselho (13/83, Recueil, p. 1513, n.º 63); v., ainda, acórdão de 13 de Julho de 1989, Lambregts (4/88, Colect., p. 2583, n.º 14).

68 — V., também, as conclusões que apresentei em 6 de Março de 2001, no processo Comissão/Portugal (C-70/99, Colect., pp. I-4845, I-4847, n.º 27).

69 — JO L 95, p. 1.

70 — V. o segundo considerando do Regulamento n.º 881/92.

71 — V., entre outros, acórdãos de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.º 56), de 23 de Novembro de 1999, Arblade e o. (C-369/96 e C-376/96, Colect., p. I-8453, n.º 33), de 20 de Fevereiro de 2001, Analir e o. (C-205/99, Colect., p. I-1271, n.º 21), e de 13 de Junho de 2002, Sea-Land e o. (C-430/99 e C-431/99, Colect., p. I-5235, n.º 32).

72 — Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Comissão/França (C-381/93, Colect., p. I-5145, n.º 17).

124. De acordo com este princípio, uma empresa pode igualmente invocar a livre prestação de serviços relativamente ao Estado em que está estabelecida, quando os serviços sejam prestados a destinatários estabelecidos num outro Estado-Membro⁷³.

125. A adopção das Directivas 93/89 e 1999/62 que regulam especialmente este sector em nada se opõe à aplicação da livre prestação de serviços no contexto de disposições relativas à portagem da auto-estrada. Até porque os efeitos da primeira directiva terminaram logo em 20 de Julho de 1999; as disposições da Directiva 1999/62 ainda não produziam efeitos directos a favor dos particulares antes do fim do prazo para a transposição, conforme já ficou declarado.

126. No presente caso, a portagem de auto-estrada discriminatória não impede, de facto, que os transportadores que actuam no tráfego de trânsito circulem pelo percurso completo da auto-estrada do Brenner. Dado que as taxas para a utilização do percurso total estarem sobrevalorizadas em relação mais que proporcional às taxas para a utilização de percursos parciais individuais, são aptas a comprometer a atractividade económica da utilização do percurso total. Deste modo, constituem uma restrição à livre prestação de serviços

de transporte em detrimento dos transportadores que actuam no transporte de trânsito — e, nomeadamente, independentemente do local em que se encontram estabelecidos.

127. Uma vez que está fora de causa uma justificação de uma disposição discriminatória sobre portagens por razões imperiosas de interesse geral ou por outras razões⁷⁴, verifica-se uma restrição inadmissível da livre prestação de serviços de transporte, segundo o artigo 49.º CE.

128. Esta disposição directamente aplicável de direito comunitário primário também pode ser — no período entre 20 de Julho de 1999 e 30 de Junho de 2000 — invocada por um transportador de mercadorias austríaco, tal como a Rieser, no quadro de uma acção de restituição.

129. Quanto ao último período para o qual a Rieser exige a restituição da portagem, ou seja, de 1 a 31 de Julho de 2000, é apenas de referir, para completar — até porque o tribunal de reenvio não colocou essa questão — que a proibição de discriminação da Directiva 1999/62 é directamente aplicável após o decurso do prazo para a transposição, em 1 de Julho de 2000.

73 — V. acórdãos Comissão/República Francesa (referido na nota 72, n.º 14), de 29 de Abril de 1999, Ciola (C-224/97, Colect., p. I-2517, n.º 11), e acórdão Sea-Land (referido na nota 71, n.º 32).

74 — Quanto à justificação de medidas discriminatórias em razão da nacionalidade, v. acórdãos de 14 de Novembro de 1995, Svensson e Gustavsson (C-484/93, Colect., p. I-3955, n.º 15) e, recentemente, de 16 de Janeiro de 2003, Comissão/Itália (C-388/01, Colect., p. I-721, n.º 19).

V — Conclusão

130. Em face das considerações precedentes deve responder-se do seguinte modo às questões prejudiciais:

1. Uma pessoa jurídica de direito privado deve respeitar as disposições directamente aplicáveis da Directiva 93/89/CEE do Conselho, de 25 de Outubro de 1993, relativa à aplicação pelos Estados-Membros dos impostos sobre certos veículos utilizados para o transporte rodoviário de mercadorias, bem como das portagens e direitos de uso cobrados pela utilização de certas infra-estruturas, e da Directiva 1999/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 1999, relativa à aplicação de imposições aos veículos pesados de mercadorias pela utilização de certas infra-estruturas, no âmbito da celebração de contratos com utentes das estradas, nos casos em que o Estado transferiu para essa pessoa jurídica a função de cobrar a portagem pela utilização de infra-estruturas públicas rodoviárias e em que a pessoa jurídica está directa ou indirectamente subordinada ao seu controlo.
2. A proibição de discriminação em razão da origem ou do destino do transporte, regulada no artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e no artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62, é directamente aplicável; as empresas que tenham pago pela utilização do percurso completo com veículos com um peso bruto autorizado igual ou superior a 12 toneladas uma taxa por quilómetro superior à paga pelos utilizadores de percursos parciais economicamente comparáveis, podem invocar a proibição de discriminação e exigir a restituição da portagem paga em excesso.
3. Os transportadores austríacos também podem invocar o artigo 7.º, alínea b), da Directiva 93/89 e o artigo 7.º, n.º 4, da Directiva 1999/62.

4. O artigo 7.º, alínea h), da Directiva 93/89 e o artigo 7.º, n.º 9, da Directiva 1999/62 não são directamente aplicáveis, quanto à fixação de uma portagem compatível com a directiva para os veículos de transporte de mercadorias com um peso bruto autorizado igual ou superior a 12 toneladas para o percurso completo da auto-estrada do Brenner austríaca.
5. A Directiva 93/89 deixou de produzir efeitos em 20 de Julho de 1999, com a entrada em vigor da Directiva 1999/62.
6. No período entre 20 de Julho de 1999 e 30 de Junho de 2000, a Directiva 1999/62 não produziu efeitos directos que pudessem ser invocados por um transportador, tendo em vista uma restituição parcial da portagem pela utilização da auto-estrada do Brenner (percurso completo); no entanto, um transportador pode, neste período, invocar as disposições do Tratado relativas à livre prestação de serviços, que são aplicáveis segundo o Regulamento (CEE) n.º 881/92 do Conselho, de 26 de Março de 1992, relativo ao acesso ao mercado dos transportes rodoviários de mercadorias na Comunidade efectuados a partir do ou com destino ao território de um Estado-Membro ou que atravessem o território de um ou vários Estados-Membros, no domínio dos transportes internacionais rodoviários de mercadorias.